

رویکرد منشأگرایی در تفسیر قانون اساسی و آثار آن در رویه‌ی شورای نگهبان

ابراهیم موسی‌زاده^{۱*}، مصطفی منصوریان^{۲**}

۱. دانشیار دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران

پدیرش: ۱۳۹۳/۶/۱۵

دریافت: ۱۳۹۳/۳/۸

چکیده

تفسیر دقیق، نظام‌مند و در عین حال پویای قانون اساسی که بتواند با هدف و روح قانون اساسی در تطابق باشد، امر بسیار مهمی است که از اختلافات بین قوا و معضلات جلوگیری می‌کند و مانع تغییرات سریع قانون اساسی می‌شود. در این زمینه رویکردهای متعدد و البته متفاوتی ابراز شده که از جمله مهم‌ترین آنها، رویکرد منشأگرایی است که حدود نیم قرن از ابداع آن می‌گذرد و همچنان در زمره‌ی اصلی‌ترین نظریه‌های موجود در این زمینه به‌شمار می‌رود. امعان نظر به رویه‌ی تفسیری شورای نگهبان نیز بر این مسئله دلالت می‌کند که اراده‌ی قانونگذار اساسی و نیز ضابطه‌های شرعی، پایه‌های اصلی تفسیر قانون اساسی را تشکیل می‌دهند و این پژوهش با رویکردی توصیفی-تحلیلی نشان می‌دهد که مشی تفسیری شورای نگهبان با رویکرد تفسیری منشأگرایی همخوانی نزدیکی دارد.

کلیدواژه‌ها: تفسیر قانون اساسی، شورای نگهبان، منشأگرایی، معنای اصلی، معنای عرفی اصلی، تأویل.

* E-mail: e.mousazadeh@ut.ac.ir

E-mail: mansourian@isu.ac.ir

** نویسنده مسئول

مقدمه

در دهه‌های اخیر «تفسیر قانون اساسی» از جمله مباحث مهمی بوده که توجه فلاسفه‌ی حقوق و اندیشمندان حقوق اساسی را به خود جلب کرده است و به‌منزله‌ی فرایندی است که در زمان‌های مختلف به قانون هویت بخشیده و از انحرافات و معضلات جلوگیری کرده است. نظام‌های حقوقی مختلف نیز از همین رهگذر با توجه به رویکرد و مشی تفسیری خود، نظریه و اسلوبی خاص را در این زمینه شناسایی کرده و قدرت تفسیر قانون اساسی را در چارچوبی مشخص قرار داده‌اند و آن را تابع قواعدی شکلی و ماهوی کرده‌اند.

در این راستا رویکرد «منشأگرایی» از مهم‌ترین نظریات تفسیر قانون اساسی به‌شمار می‌رود که مورد توجه بسیاری از حقوقدانان قرار گرفته است. منشأگرایی، مجموعه‌ای از نظریات تفسیر قانون اساسی را در خود جای داده و از حدود سال ۱۹۷۰ میلادی تاکنون در حال تطور و پیشرفت بوده است؛ چنانکه در حال حاضر نیز رویکرد «منشأگرایی جدید» با ابتنا بر آموزه‌های اصلی منشأگرایی به‌طور چشمگیری در عرصه‌ی تفسیر قانون اساسی به منصفی ظهور رسیده است. اما مسئله‌ی شایان توجه در این خصوص فهم دقیق و البته مقرون به صواب این رویکرد است که تحقق شایسته‌ی این مهم با امعان نظر به نظریات مبدعان و شارحان اصلی آن امکان‌پذیر است و در چنین صورتی امکان ارزیابی و اظهار نظر محققانه درباره‌ی این رویکرد فراهم می‌آید؛ بر همین اساس نیز یکی از اهداف این نوشتار، نیل به تبیین دقیق این رویکرد است.

رویکرد تفسیری شورای نگهبان را نیز می‌توان به‌عنوان مفسر رسمی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در پرتو رویکرد منشأگرایی بررسی کرد. مقصود از این تحقیق تطبیقی عبارت است از مشخص کردن نسبت رویکرد تفسیری منشأگرایی با آنچه شورای نگهبان در تفسیر قانون اساسی مطمح نظر قرار داده است؛ همچنین فراهم آوردن امکان نقد علمی و عملی نظریات شورا در چارچوبی مشخص به‌واسطه‌ی تبیین اصول و قواعد تفسیری حاکم بر تفسیر شورای نگهبان.

در واقع استخراج و مشخص کردن اصول و قواعد تفسیر قانون اساسی در حقوق اساسی ضروری به‌نظر می‌رسد؛ چنانکه از یک سو چارچوب هنجاری تفسیر قانون اساسی را شکل می‌دهد و از سوی دیگر به‌مثابه‌ی مانعی جدی در مقابل تفاسیر خودسرانه و نادرست از قانون اساسی است، چراکه می‌تواند نادرستی تفاسیر را با اتکا به اصول بنیادین تفسیر منبعث از قانون اساسی نمایان کند (مزارعی، ۱۳۹۰: ۳۲۰). بدین ترتیب در ابتدای این نوشتار سعی شده است که در خصوص رویکرد تفسیری منشأگرایی و البته نظریه‌های تأثیرگذار در آن تبیینی صحیح صورت پذیرد و در ادامه نیز تحلیل رویکرد تفسیری شورای نگهبان در پرتو این نظریه مطمح نظر قرار خواهد گرفت.

۱. پیشینه‌ی منشأگرایی

پیدایش رویکرد منشأگرایی به دهه‌های ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ میلادی برمی‌گردد که طی آن، برخی اندیشمندان حقوق اساسی در مورد رویه‌ی دیوان عالی ایالات متحده‌ی آمریکا در تفسیر قانون اساسی به نظریه‌پردازی پرداختند و بدین ترتیب، قضات را ملزم کردند که درصدد اعمال معنای اصلی یعنی آنچه مدنظر واضعان قانون اساسی بوده است، برآیند (Kay, 2009: 703). در سال ۱۹۷۱ میلادی، «رابرت بورک»^(۱) مقاله‌ای با عنوان «اصول خنثی و برخی از مشکلات اولین اصلاحیه‌ی [قانون اساسی ایالات متحده‌ی آمریکا]»^(۲) را به رشته‌ی تحریر درآورد که موجب رشد و توسعه‌ی رویکرد منشأگرایی شد. وی در مقاله‌ی خود عنوان داشت: «دو روش مناسب در استنتاج حقوق از قانون اساسی وجود دارد: طریق نخست، استنباط از متن قانون اساسی و بلکه ارزش‌های خاصی است که متن یا تاریخچه نشان می‌دهد واضعان قانون اساسی در واقع به آنها نظر داشته‌اند ... (حقوق خاص) و دومین روش، استنباط حقوق از فرآیندهای حکومتی است که قانون اساسی تأسیس نموده ... این طریق استنتاج برای تفسیر اولین اصلاحیه، حق رأی، رویه‌های جنایی و ... حائز اهمیت است.» (Bork, 1971: 17) البته هرچند تأکید بر آنچه واضعان قانون اساسی در نظر داشته‌اند، به‌طور مشخصی منشأگرایی است، در عین حال برداشت بورک از حقوق استنتاجی به‌وضوح بر معنای اصلی یا مقاصد اصلی دلالت نمی‌کند. در سال ۱۹۷۶ میلادی نیز مستشار دیوان عالی آمریکا مقاله‌ای با عنوان «مفهوم قانون اساسی زنده»^(۳) به رشته‌ی تحریر درآورد و از این رویکرد حمایت کرد. علاوه بر این، در سال ۱۹۷۷ میلادی «رائول برگر» کتاب حکومت قوه‌ی قضاییه^(۴) را نگاشت و در آن استدلال کرد که تفاسیر دیوان عالی آمریکا در خصوص اصلاحیه‌ی چهاردهم قانون اساسی، خلاف مقاصد اولیه‌ی واضعان آن بوده است (Solum, 2011: 7).

۲. مفهوم‌شناسی منشأگرایی

اولین ظهور اصطلاح «منشأگرایی» در عرصه‌ی آکادمیک رشته‌ی حقوق به مقاله‌ای از «پل برست» در سال ۱۹۸۰ میلادی باز می‌گردد (Boyce, 1998: 910; Solum, 2013: 459) که به شرح ذیل به تعریف آن پرداخت:

«منظور از منشأگرایی، رویکرد آشنایی در رابطه با تفسیر قانون اساسی است که قدرت الزام‌آوری را برای متن قانون اساسی یا مقاصد تصویب‌کنندگان آن به ارمغان می‌آورد» (Brest, 1980: 234). در واقع، منشأگرایی مفهومی است که به‌منظور پر کردن خلأ فضای نظری ابداع شد و از ابتدای به‌کارگیری آن با ابهام همراه بوده است^(۵) و در حال حاضر نیز این واژه توسط

حقوقدانان، وکلا، قضات و مردم با معانی مختلفی به کار می‌رود. این اختلافات و ابهامات به حدی است که موجب شده برخی استدلال کنند که «منشأگرایی یک نظریه‌ی واحد، منسجم و یکپارچه نمی‌باشد و بلکه مجموعه‌ی مجزایی از نظریه‌های متمایز تفسیر قانون اساسی است...» (Colby and Smith, 2009: 244). از همین روی نیز نظریه‌پردازانی که خود را منشأگرا معرفی می‌کنند، درصددند تا مرزهای منشأگرایی را مشخص کنند و تبیینی عقلانی و صحیح از آن ارائه دهند.

نظریات تفسیری منشأگرا جزء نظریه‌های اثبات‌گرای تفسیر قانون اساسی^(۶) قرار دارند که درصدد به دست آوردن معنای قانون اساسی فارغ از مطلوب بودن یا نبودن آن هستند و بر این باور شکل گرفته‌اند که معنای قانون اساسی در زمان تصویب آن مقرر شده است و لذا قانون اساسی باید همان‌گونه که در زمان تصویب ادراک شده است، تفسیر شود (Boyce, 1998: 910). البته منشأگرایی معاصر مشتمل بر مجموعه‌ای از نظریات مبتنی بر قانون اساسی است که محوریت این نظریات بر دو ایده بنا نهاده شده است و بر همین اساس هر رویکردی که از این دو محور حمایت کند، منشأگرا قلمداد می‌شود:

۱- معنای اصلی مندرجات قانون اساسی در زمان تدوین و تصویب آن تثبیت شده است (اصل تثبیت)؛^(۷)

۲- تابعان قانون اساسی از جمله قضات، مقامات رسمی و شهروندان ملزم‌اند که در اعمال قانون اساسی به همان معنای اصلی محدود شوند (اصل محدودیت)^(۸) (Solum, 2013: 456). بنابراین هرچند تمام منشأگراها در قبول دو اصل مذکور توافق دارند، در پاسخ به برخی پرسش‌های مهم و نیز حدود و ثغور این محورها با یکدیگر اختلاف دارند. برای مثال، منشأگراها در اینکه ادراک یا قصد «چه کسی» باید لحاظ شود، اختلاف دارند. برخی از این نظریه‌پردازان به تفصیل به «معنای اصلی تدوین‌کنندگان قانون اساسی»^(۹) پرداخته‌اند و برخی دیگر صرفاً به «درک عرفی اولیه»^(۱۰) تأکید کرده‌اند. مسئله‌ی دیگر آنکه در خصوص یک ماده‌ی واحد از قانون اساسی ادراکات متفاوتی وجود دارد و چگونگی معتبر دانستن نظر مجموعه‌ی افراد مزبور محل تأمل و اختلاف است. ارائه‌ی تفسیر موسع یا مضیق از متن قانون اساسی نیز نمونه‌ی دیگری از این مسائل است (Boyce, 1998: 915) که در ادامه به این موارد پرداخته می‌شود:

۲-۱. معنای اصلی یا قصد اصلی^(۱۱)

برخی از نظریه‌پردازان منشأگرا بر این باورند که معنای قانون اساسی را باید در مقاصد ذهنی تدوین‌کنندگان آن جست‌وجو کرد (Berger, 1977: 401)؛ این مسئله چنان مورد استقبال

قرار گرفته که موافقان این رویکرد، «فهم» آنچه را که مدنظر واضعان قانون اساسی بوده به منزله‌ی «قصد اولیه» دانسته و خود را «قصدگرا»^(۱۲) نامیده‌اند (Perry, 1994: 44-45). نظریه‌ی قصد اصلی بخشی از یک نظریه‌ی جامع در خصوص زبان و معنای آن است که بیان می‌دارد: «قصد مؤلف، معنای الفاظ را تعیین می‌کند» (McGinnis and Rappaport, 2009: 751). بر همین اساس نیز برخی بر این عقیده‌اند که قضات باید احکام قانون اساسی را متناسب با همان معنایی که توسط تصویب‌کنندگان آن فهم شده است، اعمال کنند^(۱۳) (Kay, 1988: 230).

این دسته از نظریه‌پردازان، نظریه‌ی قصد اصلی را در مقابل نظریه‌های متن‌گرا^(۱۴) می‌دانند، بنابراین، متن قانون صرفاً طریقی برای ادراک معنایی است که قانونگذار مدنظر داشته و فاقد موضوعیت است؛ چنانکه یکی از این نظریه‌پردازان اظهار می‌دارد که «خوانندگان به هیچ‌وجه متون را بدون مقاصد انسانی مسلم یا واقعی آن نمی‌توانند متوجه شوند و الفاظ صرفاً نشانه‌های بی‌معنایی بر روی کاغذ هستند ...» (Kay, 1988: 230).

این رویکرد با چالش‌هایی مواجه است؛ از جمله آنکه چنانچه تنظیم‌کنندگان متن بیش از یک نفر باشند، تعیین قصد اصلی با مشکلاتی مواجه می‌شود؛ نخستین و مهم‌ترین مشکل آن است که مشخص نیست چگونه می‌توان قصد جمعی گروهی از تنظیم‌کنندگان اصل را تعیین کرد و این در حالی است که حتی مقاصد فردی هر یک از اعضا نیز ممکن است متفاوت باشد (Kay, 2009: 712).

چالش دیگر، چگونگی تعیین قصدی است که ورای متن وجود دارد، چراکه بسیاری از قانونگذاران، علت رأی خود به یک مقرره‌ی قانونی را توضیح نمی‌دهند. در نهایت نیز مشکل تعیین قصد اصلی از مفسران فراتر می‌رود و به خود قانونگذاران مربوط می‌شود؛ بدین‌سان که اگر قانونگذاران نتوانند به سادگی معنای متنی را که به آن رأی می‌دهند تعیین کنند، احتمال کمتری وجود خواهد داشت که ایشان در یک قصد مشترک با یکدیگر سهیم باشند (McGinnis and Rappaport, 2009: 760).

۲-۲. تفسیر موسع یا مضیق

نظریه‌پردازان منشأگرا به‌طور گسترده‌ای در خصوص اعتبار تفسیر موسع یا مضیق به بحث پرداخته‌اند. در این زمینه برخی به تفسیر قانون اساسی به نحو بسیار مضیق تمایل داشته و بر بررسی موشکافانه‌ی مقاصد یا انتظارات تصویب‌کنندگان قانون اساسی تأکید کرده‌اند (Berger, 1977: 401-427)؛ رویکردی که «قصدگرایی سخت‌گیرانه»^(۱۵) نیز خوانده می‌شود و مستلزم آن است که مقام مفسر، متن قانون اساسی را بررسی و تعیین کند که تصویب‌کنندگان

به چه صورت و نسبت به چه شرایطی آن را تصویب کرده‌اند و بر همان اساس نیز به تفسیر متن مزبور بپردازند (Brest, 1980: 222). بدین ترتیب در این رویکرد، قانون اساسی باید به گونه‌ای تفسیر شود که نتایج حاصل از آن، مورد انتظار تصویب‌کنندگان قانون نیز باشد (Boyce, 1998: 919).

در مقابل برخی دیگر از منشأگراها به تفسیر کاملاً موسع از قانون اساسی گرایش دارند؛ رویکردی که «قصدگرایی معتدل»^(۱۶) خوانده شده و مستلزم آن است که مقام مفسر، قانون اساسی را مطابق با قصد تصویب‌کنندگان آن در سطح نسبتاً بالایی از انتزاع^(۱۷) تفسیر کند؛ تفسیری که با «هدف قانون اساسی»^(۱۸) در تطابق است (Brest, 1980: 223). بسیاری از منشأگرایان جدید^(۱۹) این نوع تفسیر از قانون اساسی را پذیرفته‌اند.

به هر ترتیب، هرچند طرفداران تفسیر موسع و مضیق هر کدام به نتایج کاملاً متمایزی دست یافته‌اند، این نزاع بیش از آنکه بحثی نظری باشد، روش‌شناختی است؛ چراکه هر دو تفسیر درصدد یافتن فهم اصلی‌اند و بدون تردید نیز تمام منشأگراها بر این عقیده‌اند که یک قاضی باید سطح تفسیر خود از قانون اساسی را به میزانی توسعه یا تضییق دهد که متن، ساختار و شواهد تاریخی بر آن دلالت می‌کند (Boyce, 1998: 923). برای نمونه یکی از نظریه‌پردازان منشأگرا که به تفسیر موسع گرایش دارد، در این زمینه اظهار داشته است:

«... مسئله این است که متن در دو مقام به چه معناست: نخست، تصمیم‌گیری در خصوص اینکه متن چه دلالت و معنایی را همان‌گونه‌که اصالتاً درک شده است، ایفاد می‌نماید و دوم، تصمیم‌گیری در مورد اینکه دلالت مزبور به چه معناست... یک قاضی منشأگرا و در واقع همه‌ی قضات چه منشأگرا و چه غیر آن، باید در ابتدا معنای متن را «کشف» کرده و دلالتی را که متن ارائه می‌دهد تعیین کنند و در وهله‌ی بعد باید معنای دلالتی را که از متن برمی‌آید تبیین نمایند...» (Perry, 1996: 41).

۳. نقد و بررسی مبانی منشأگرایی

در زمینه‌ی منشأگرایی دلایلی مطرح شده است که در زیر اهم این موارد طرح و بررسی می‌شود:

۳-۱. دلایل موافقان منشأگرایی

اولین استدلال در این زمینه به مفهوم پوزیتیویستی قانون به‌عنوان فرمان حاکم^(۲۰) مربوط می‌شود؛ بدین ترتیب که قانون اساسی مانند دیگر قوانین، فرمان حاکمی است که از اقتدار مشروع برخوردار است. حال از آنجا که حاکم دارای اقتدار وضع قاعده است، این قواعد به‌گونه‌ای باید تفسیر شوند که حاکم به‌طور توجیه‌پذیری انتظار تفسیر آنها را داشته است،

بنابراین این احکام و قواعد باید همان‌گونه که در اصل ادراک شده‌اند، تفسیر شوند (Boyce, 1998: 925). به عبارت دیگر، مهم‌ترین دفاع از منشأگرایی بر یک اصل بدیهی استوار است؛ اینکه تدوین‌کنندگان قانون اساسی از اقتدار مشروع به منظور اخذ تصمیمات سیاسی برخوردارند و می‌توانند تصمیم‌سازان حکومتی را حتی در آینده محدود و ملزم کنند، مگر آنکه از طریق فرایند تصریح‌شده در خود قانون اساسی لغو شوند (Maltz, 1994: 20).

دلیل دوم که هم از لحاظ نظری و هم عملی قابل دفاع است، بر پایه‌ی نقش مناسب قضات در دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی استوار است. جنبه‌ی نظری این استدلال آن است که صرفاً منشأگرایی با اصل نظارت قضایی مبتنی بر قانون اساسی^(۲۱) سازگار است، یعنی در نظارت قضایی، امکان لغو قوانین مصوب پارلمان از نظر مغایرت با قانون اساسی وجود دارد و از این رو چنانچه قضات بتوانند مفاهیم و ارزش‌های مستتب خود از قانون اساسی را جایگزین قصد تصویب‌کنندگان و معنای اصلی متن قانون اساسی کنند، اصل دموکراسی دچار خدشه شده و نظر اکثریت با تهدید مواجه می‌شود.

جنبه‌ی عملی این استدلال نیز آن است که منشأگرایی «شرک‌کمتر»^(۲۲) است؛ بدین سان که میان منشأگراها اجماعی در خصوص «معنای اصلی»^(۲۳) وجود دارد و این در حالی است که میان غیرمنشأگراها^(۲۴) هیچ اجماعی در زمینه‌ی جایگزین معنای اصلی وجود ندارد که نقیصه‌ی اصلی و جبران‌ناپذیر رویکردهای غیرمنشأگراست (Scalia: 1989: 862-863). به عبارت دیگر، تمامی منشأگراها وجود یک معنا به عنوان قصد اصلی یا معنای عرفی اصلی را پذیرفته‌اند و با روش‌های تفسیری منشأگرایانه درصدد کشف آن هستند؛ این در حالی است که اگر این مسئله به نظر قضات واگذار شود، نظر و رویه‌ی واحدی در کشف اراده‌ی اکثریت وجود نخواهد داشت و در واقع این اراده به صلاح‌دید و سلیقه‌ی قضات منوط شده است.

۲-۳. نقد و بررسی

در خصوص تفسیر قوانین موضوعه (و نه قانون اساسی) در حکومت دموکراتیک، استدلال نخست در زمینه‌ی اقتدار حاکمیت تا حدودی بدون مشکل است؛ در واقع چنانچه اراده‌ی اکثریت سابقه‌ی که قانون موضوعه‌ای را به تصویب رسانده‌اند، توسط اکثریت حال حاضر که تحت حکومت قانون مزبور قرار دارند در معرض تغییر قرار گیرد، اکثریت موجود می‌تواند به سادگی قانون موضوعه را اصلاح کرده و با اراده‌ی فعلی خود مطابق سازد. بدین ترتیب در این سیاق، منشأگرایی به درستی معنا می‌یابد که مردم باید از طریق قوانینی اداره شوند که توسط اکثریت درک و تفسیر شده‌اند. اما در مورد تفسیر قانون اساسی، منشأگرایی با

چالش‌هایی روبه‌روست؛ چراکه اگر اراده‌ی اکثریتِ حال حاضر بر تغییر قانونی که توسط اکثریت سابق به تصویب رسیده است قرار گیرد، اکثریت حاضر به‌آسانی نمی‌تواند مواد قانون اساسی را اصلاح کند و در واقع صرفاً از طریق فرایندهای طاقت‌فرسا، دشوار و طولانی از چنین امکانی برخوردارند، این در حالی است که برخی مواد قانون اساسی نیز به‌طور کلی اصلاح‌شدنی نیستند (Boyce, 1998: 931). از همین روی برخی بر این باورند که «مشروعیت قانون اساسی ... از طریق نظریه‌ی دموکراسی قابل دفاع نیست» (Maltz, 1994: 31). به‌عبارت دیگر قانون اساسی نمی‌تواند از اقتدار دموکراتیک به‌عنوان فرمان «مردم» برخوردار باشد، چراکه مردمی که آن را تصویب کرده‌اند، مردم امروز نیستند و اگر فرض بر آن است که منشأگرایی بر پایه‌ی پیمان مردم شکل بگیرد، هر نسلی براساس «حق تعیین سرنوشت» باید به طریقی پیمان خود با قانون اساسی را اعلام کند.

همچنین این استدلال که تفسیر منشأگرایانه موجب پیشبرد دموکراسی است نیز ضعیف به‌نظر می‌رسد، چراکه در تفاسیر منشأگرایانه چنانچه قوانین موضوعه یا اعمال اجرایی با معنای اولیه‌ی قانون اساسی^(۲۵) متعارض باشند، کنار گذاشته می‌شوند، این مسئله مستلزم کنار گذاشتن نتیجه‌ی یک فرایند دموکراتیک است (McGinnis and Rappaport, 2007: 1).

در مورد استدلال دوم نیز غیرمنشأگرایان بر این عقیده‌اند که کلمات و عبارات قانون اساسی نظیر «حاکمیت قانون»، «طی تشریفات قانونی» و نظایر اینها، مفاهیمی عام هستند که هر نسلی می‌تواند برداشت خاص خود را از این مفاهیم داشته باشد، بدون آنکه با وفاداری با قانون اساسی ناسازگار باشد و به تفسیری نادرست منجر شود؛ ایده‌ای که «قانون اساسی زنده»^(۲۶) خوانده شده است. در واقع ایشان بر این باورند که در تفسیر قانون اساسی باید نیازها و برداشت‌های جدید را در نظر گرفت و نباید خود را به استخراج معنا از متن یا قصد قانونگذار محدود کرد؛ رویکردی که عدم قطعیت قواعد و مفاهیم حقوقی مندرج در قانون اساسی نیز آن را اجتناب‌ناپذیر می‌کند. علاوه بر این غیرمنشأگرایان ادعا می‌کنند که گاه وفاداری به قصد نویسندگان اولیه یا درک آنها از قانون اساسی موجب می‌شود که قانون اساسی بر خلاف اهداف عینی‌اش تفسیر شود. برای مثال اگر براساس دیدگاه زمان تصویب قانون اساسی آمریکا «برابری» را تفسیر کنیم، این تفسیر به رجحان تفسیر نادرست برابری منجر می‌شود؛ برداشتی که موجب می‌شود زنان و سیاه‌پوستان، حقوقی برابر با مردان سفیدپوست نداشته باشند، حال آنکه این تفسیر با هدف عینی قانون اساسی سازگار نیست^(۲۷) (مزارعی، ۱۳۹۰: ۵۰-۵۳).

۴. منشأگرایی جدید

اصطلاح «منشأگرایی جدید» نخستین بار توسط «اوان نادل»^(۲۸) در سال ۱۹۹۶ میلادی به کار گرفته شد و متعاقب آن در سال‌های بعد، توسط «کیت ویتینگتن»^(۲۹) و «رندی بارنت»^(۳۰) مشهور شد و حداقل دو ایده را در بردارد:

الف) این ادعا که معنای اصلی قانون اساسی، «معنای عرفی» آن در زمان تصویب است و ب) تمایز بین تفسیر و تأویل قانون اساسی؛ بدین ترتیب که تفسیر قانون اساسی کشف معنای زبان‌شناسانه‌ی متن قانون اساسی است و تأویل قانون اساسی، تعیین اثر حقوقی اختصاص‌یافته به متن و مشتمل بر آموزه‌های (دکترین) قانون اساسی و تصمیمات متخذه در خصوص پرونده‌های مرتبط با قانون اساسی است (Solum, 2013: 1-2). از همین روی یکی از این نظریه‌پردازان ابراز می‌دارد که وفاداری به معنای اصلی مستلزم آن است که مفسر قانون اساسی، احکام اصلی را به احکامی «ترجمه» کند که در چارچوب مدرن معنا پیدا کند (Lessig, 1997: 1372).

۴-۱. معنای عرفی اصلی

نظریه‌ی «معنای عرفی اصلی»^(۳۱) بر خلاف نظریه‌ی قصد اصلی، قانون اساسی را مطابق با آنچه ممکن است توسط گوینده‌ای زمان تصویب متن ادراک شود، تفسیر می‌کند. این نظر در حال حاضر رویکرد غالب منشأگرایی (نه فقط منشأگرایان جدید) است و بیشتر نظریه‌پردازان معتقد به این رویکرد نیز، فهم یک خواننده یا گوینده‌ی منطقی را به‌عنوان ملاک پذیرفته‌اند^(۳۲) (McGinnis and Rappaport, 2009: 761). برای نمونه، «رابرت بورک» به لزوم مراجعه به فهم عرفی اولیه از مواد قانون اساسی اشاره کرده و توضیح خود را در خصوص این رویکرد بدین ترتیب تبیین می‌کند:

«اگرچه من به فهم واضعان قانون اساسی معتقد بوده‌ام ° چراکه واضعان قانون اساسی آن را تصویب نموده و به قانون تبدیل نموده‌اند، [اما] فهم واضعان قانون اساسی باید به‌منزله‌ی فهم عرفی زمان تصویب قانون تلقی شود» (Bork: 1991: 144).

البته مسئله‌ی قابل تأمل آن است که چرا فهم واضعان قانون اساسی باید به‌طور کلی به‌منزله‌ی فهم عرفی و عمومی مردم قلمداد شود و از همین روی نیز، اتقان این نظر به‌لحاظ نظری با تردید مواجه است (Boyce, 1998: 917).

به هر ترتیب، این مسئله چه به‌طور نظری پذیرفته شود و چه صرفاً به‌لحاظ عملی مقبول واقع شود، اغلب منشأگراها بر این باورند که معیار فهم عرفی، نظر افرادی است که تدوین و تصویب بر عهده‌ی ایشان است (McConnell, 1997: 1278-1279). به‌عبارت دیگر پس از

مشخص شدن معیار فهم عرفی، منشأگراها باید طریقی را برای تجمیع ادراکات متفاوت اخذ کنند، چراکه اساساً فهم واحدی از یک ماده‌ی قانون اساسی وجود ندارد. در همین راستا، نظر نهایی تصویب‌کنندگان قانون اساسی به‌عنوان ملاک فهم عرفی پذیرفته شده است (Boyce, 1998: 918). بنابراین در منشأگرایی اولیه، مقصود آن است که قصد اصلی به شیوه‌ای کشف شود که این مسئله ممکن است با در نظر گرفتن نظر نهایی تصویب‌کنندگان قانون اساسی به‌دست آید، اما تکیه‌ی منشأگرایان جدید در این زمینه بر فهم عرفی اولیه است و به‌طور خاص نیز ملاک آن را نظر نهایی تصویب‌کنندگان دانسته‌اند.

۴-۲. تفسیر و تأویل قانون اساسی

منشأگرایان جدید میان «تفسیر» و «تأویل»^(۳۳) تمایز قائل شده‌اند که این تمایز مبتنی بر دو نوع معنایی است. «تفسیر قانون اساسی»، کشف معنای زبان‌شناسانه یا معنای اصلی متن قانون اساسی است و «تأویل»، تعیین اثر حقوقی اختصاص‌یافته به متن به‌واسطه‌ی دکترین قانون اساسی است. در واقع در هر مرتبه از اعمال قانون اساسی، هم با تفسیر و هم با تأویل مواجهیم و میزان ظهور و بروز این دو مفهوم متفاوت است که گاه به‌نظر می‌رسد اثر حقوقی متن به‌طور خودکار از معنای اصلی آن جریان می‌یابد و گاه این انتقال معنا بدین ترتیب واقع نمی‌شود و در چنین صورتی است که تأویل محل توجه قرار می‌گیرد؛ یعنی چنانچه معنای متن قانون اساسی مشخص نباشد یا دلالت‌های موجود از آن معنا محل مناقشه باشد و به‌عبارت دیگر، معنای اصلی متن قانون اساسی به دلایلی چون ابهام، اجمال، تناقضات و خلأ قانونی نامشخص و غیرقطعی باشد، تأویل قانون اساسی با توجه به سیاق تصویب آن مطمح نظر قرار می‌گیرد (Solum, 2013: 469).

توضیح بیشتر آنکه در تفسیر قانون اساسی در جست‌وجوی معنای اصلی متن هستیم و این معنا به‌واسطه‌ی دلالت‌های عرفی زبانی و سیاق متن قابل کشف‌اند، اما در تبیین مفهوم عبارتی چون «آزادی بیان» نیاز به تأویل داریم و در زمینه‌ی چگونگی تأویل نیز نظریات مختلفی ابراز شده است که البته این نظریات قدر متیقن رویکرد منشأگرایی (اصول تثبیت و محدودیت) را دارند. برای نمونه یکی از این موارد، نظریه‌ی قرائت‌های اخلاقی^(۳۴) است که بر ملاحظات اخلاق سیاسی تأکید می‌ورزد و برای مثال در زمینه‌ی مفهوم تساوی، بر اخذ اخلاقی‌ترین نظریه توجه می‌کند. نمونه‌ی دیگر روش کامن‌لا^(۳۵) است که بر توجه به رویه‌ی سابق تأکید می‌ورزد. بنابراین چنانچه در تفسیر قانون اساسی به فراتر از معنای اصلی متن رجوع کنیم، تأویل قانون اساسی تحقق یافته است (Solum, 2008: 70).

البته نکته‌ی قابل تأمل در این زمینه آن است که در تأویل، گستره‌ی معنایی مفاهیم به شدت قابل افزایش است و بدین ترتیب اینکه در چنین رویکردی از معنای اصلی اولیه و قصد اصلی تصویب‌کنندگان قانون اساسی دور شویم، کاملاً محتمل است. بنابراین ضروری است که در تأویل مفاهیم، اصول محوری مورد وفاق منشأگرایی را کاملاً مدنظر قرار دهیم و با معیارها و ضوابطی مشخص، از تفسیرهای نامربوط در این رویکرد جلوگیری کنیم.

۵. اصول تفسیری شورای نگهبان و مقایسه‌ی آن با رویکرد منشأگرایی

شورای نگهبان از یک سو مطابق با اصل ۹۸ مفسر رسمی قانون اساسی معرفی شده و در این زمینه به فراخور نیاز، نظریات تفسیری متعددی را ذیل اصول مختلف ابراز داشته است^(۳۶) و بر همین اساس نیز آرا و نظریات تفسیری شورای نگهبان همانند خود قانون اساسی دارای اعتبار است و نمی‌توان بر خلاف آن عمل کرد. علاوه بر این وفق اصل ۹۴، شورای نگهبان موظف است کلیه‌ی مصوبات مجلس را از نظر انطباق با موازین اسلام و قانون اساسی بررسی کند و در راستای اجرای این مهم نیز رویکرد و برداشت خود از اصول قانون اساسی را تنها بدون اینکه به ارائه‌ی تفسیر رسمی بپردازد، بیان می‌دارد که البته از اعتبار آرا و نظریات تفسیری شورا که به‌طور رسمی و وفق اصل ۹۸ قانون اساسی بیان شده‌اند، برخوردار نیستند. از همین روی نیز علاوه بر نظریات تفسیری شورا، تحلیل رویه‌ی شورا در بررسی مصوبات مجلس در درک صحیح از رویکرد تفسیری شورا کاملاً ضروری به نظر می‌رسد.

شورای نگهبان در تفسیر قانون اساسی رویکرد خاصی را به‌صراحت مورد اشاره قرار نداده و صرفاً در نظریات تفسیری خود، اصول و قواعدی را پایه‌ی استدلال و نتیجه‌گیری قرار داده است که با بررسی و تحلیل اهم این نظریات، می‌توان دو اصل تفسیری مهم ذیل را استخراج کرد:

۵-۱. کشف مراد قانونگذار اساسی

شورای نگهبان در ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی نظریه‌ی تفسیری خود را بدین شرح بیان داشته است که «مقصود از تفسیر، بیان مراد مقنن است»^(۳۷) (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۱۹۰). شایان توجه آنکه، به نظر می‌رسد شورای نگهبان در این نظریه «نفس تفسیر» را مدنظر قرار داده و مناط مزبور را علاوه بر قانون عادی، برای تفسیر قانون اساسی لحاظ کرده است؛ به عبارت دیگر، هرچند این تعریف و مقصود از تفسیر، در مقام بیان تفسیر قانون عادی است، ملاک و مناط آن، در مقام تفسیر قانون اساسی نیز قابل اخذ است و رویکرد شورای نگهبان از تفسیر را نشان می‌دهد (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ز). از جمله مؤیدات موجود در این خصوص، نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان در زمینه‌ی

مفهوم «مصونیت پارلمانی» و حدود آن در اصل ۸۶ قانون اساسی^(۳۸) است که در یکی از استدلالات به مشروح مذاکرات قانون اساسی استناد شده است. شورای نگهبان در این نظریه در مقام کشف مراد مقنن به مشروح مذاکرات اشاره و بیان کرده است که «با عنایت به مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در خصوص اصل ۸۶، حاکی از اینکه مصونیت ریشه اسلامی ندارد و تمام مردم در برابر حق و قانون الهی یکسان و برابرند و هر فردی که در مظنه گناه یا جرم قرار گیرد قابل تعقیب است و اگر شکایتی علیه او انجام گیرد دستگاه قضائی باید او را تعقیب کند، اصل ۸۶ در مقام بیان آزادی نماینده در رابطه با رأی دادن و اظهار نظر در جهت ایفای وظائف نمایندگی در مجلس است و ارتکاب اعمال و عناوین مجرمانه از شمول این اصل خارج است و این آزادی منافی مسئولیت مرتکب جرم نمی باشد»^(۳۹) (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۲۳۳).

علاوه بر این، شورای نگهبان در همین نظریه تفسیری در راستای کشف مراد قانونگذار اساسی به نظر حضرت امام خمینی(ره) «به عنوان ناظر و راهنمای تدوین قانون اساسی دایر بر ضرورت پرهیز از هتک حرمت اشخاص و لزوم جبران آن در مجلس و رسیدگی توسط قوه قضائیه» اشاره کرده و نتیجه مذکور را بیان داشته است.

مسئله دیگر در مورد رویه‌ی شورا در کشف مراد مقنن، حاکمیت احکام شرعی بر عموم و اطلاق اصول قانون اساسی است. در جمهوری اسلامی ایران که دین نقش بنیادین دارد و قانون نیز مظهر اراده‌ی الهی است، اراده‌ی شارع اهمیت والایی دارد و در واقع، قانون اساسی مشروعیت خود را از شرع اتخاذ کرده و قانونگذار نیز با چنین اراده‌ای به وضع قانون اساسی پرداخته است. بر همین اساس نیز اصل ۴ قانون اساسی تصریح می‌کند که «کلیه قوانین و مقررات ... باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است...» و از همین روی شورای نگهبان در رویه‌ی خود به‌طور جدی به اجرای این حکومت همت گمارده است. چنانکه یکی از دیگر استدلالاتی که شورای نگهبان در نظریه‌ی تفسیری خود در تبیین مفهوم مصونیت پارلمانی بدان استناد کرده است، «عدم توجیه شرعی منع تعقیب یا توقیف مجرم» است و بدین سان اظهار نظر مطلق نمایندگان مجلس را داخل در مفهوم مصونیت پارلمانی در نظر نگرفته است.

نمونه‌ی دیگر اظهار نظر شورا در خصوص لایحه‌ی بازرگانی خارجی در سال ۱۳۶۱ است. در واقع هرچند اصل ۴۴ قانون اساسی، «بازرگانی خارجی» را مطلقاً در انحصار دولت تعریف کرده است، فقهای شورای نگهبان این اطلاق را خلاف موازین شرعی عنوان کرده‌اند و دلیل آن را جلوگیری از حق مشروع اشخاص در بازرگانی و تجارت خارجی دانسته‌اند. به عبارت دیگر،

با وجود تصریح اصل ۴۴ که بازرگانی خارجی را علی‌الاطلاق دولتی اعلام کرده است، فقهای شورا به دلیل مغایرت این اطلاق با شرع، دامنه‌ی اصل را مقید کرده و اجازه داده‌اند که اشخاص غیردولتی نیز چون از حیث حق شرعی اجازه‌ی بازرگانی و تجارت خارجی را دارند، در کنار دولت از این حقوق مشروع خود بهره‌مند شوند (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ط). بنابراین همان‌گونه که در رویکرد تفسیری منشأ‌گرایی، مقام مفسر به منظور نیل به مراد مقنن درصدد کشف معنای اصلی یا معنای عرفی متن در زمان تصویب قانون اساسی بر می‌آید، شورای نگهبان نیز به این مسئله در نظریات تفسیری خود توجه کرده است.

۵-۲. توجه به متن و ظاهر الفاظ قانون اساسی

شورای نگهبان در بسیاری از نظریات تفسیری خود، بر ظاهر الفاظ و واژگان قانون اساسی تمرکز داشته است. برای مثال شورای نگهبان در نظریه‌ی تفسیری خود ذیل اصل ۶۹ قانون اساسی^(۴۰) بیان داشته است که «اصل ۶۹ قانون اساسی صراحت دارد که باید گزارش کامل مذاکرات مجلس شورای اسلامی از طریق رادیو و روزنامه رسمی منتشر شود»^(۴۱) و از همین روی، اکتفا به انتشار مشروح مذاکرات مجلس به صورت محدود و در قالب فشرده در روزنامه‌ی رسمی را خلاف قانون اساسی قلمداد کرده است (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۱۶). نمونه‌ی دیگر، نظریه‌ی تفسیری شورا ذیل اصل ۱۴۵ قانون اساسی^(۴۲) است که در آن شورای نگهبان در پاسخ به این پرسش که آیا به‌کارگیری موقت نیروهای خارجی در ارتش خلاف اصل است یا خیر، با تکیه بر الفاظ موجود در متن اصل و با تفکیک بین «استفاده از خدمات و تخصص یک کارشناس خارجی در ارتش و عضویت او در ارتش و نیروهای انتظامی» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۶: ۲۸۲)، بیان می‌دارد که «به‌کار گرفتن کارشناسان خارجی و استفاده از تخصص آنان به‌طور موقت در ارتش، عضویت در ارتش که در اصل ۱۴۵ قانون اساسی ممنوع شده محسوب نمی‌گردد»^(۴۳) (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۲۵).

استناد به عباراتی چون «نص قانون اساسی»، «ظاهر بودن مطلب» و... در مشروح مذاکرات شورای نگهبان نیز بر این برداشت مهر تأیید می‌زند (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۶: ۵، ۳۱ و ۶۲). در واقع شورای نگهبان با تکیه بر معانی اصلی یا عرفی عبارات مندرج در اصول به تفسیر پرداخته است، البته این توجه را در راستای مراد قانونگذار اساسی مدنظر داشته و نه اینکه صرف متن و ظاهر الفاظ را بدون پیشینه‌ی آنها مدنظر قرار دهد.

به عبارت دیگر نمی‌توان نظریه‌ی مذکور را دلیلی بر «متن‌گرایی» صرف شورای نگهبان در تفسیر اصول قانون اساسی دانست، چراکه متن‌گرایی، رویکردی است که تنها بر معانی متداول

و معمول کلمات تکیه دارد و اهمیت چندانی برای مکنونات ضمیر یا تأملاتی که تدوین کنندگان قانون اساسی در زمان تصویب عبارات داشته‌اند، قائل نیستند.^(۴۴)

این در حالی است که شورای نگهبان همانند رویکرد منشأگرایی، از یک سو معانی الفاظ و واژگان قانون اساسی را به منظور کشف اراده‌ی قانونگذار اساسی لحاظ کرده و از سوی دیگر نیز با توجه به اینکه در تدوین قانون اساسی و نظریات واضعان آن، شرع اسلام به طور جدی و بنیادین مدنظر بوده، محقق ساختن حاکمیت شرع را نیز به نوعی موجب کشف مراد مقنن دانسته است^(۴۵) که این مسئله نیز تطابق مشی تفسیری شورا را با رویکرد منشأگرایی نشان می‌دهد.

در واقع هرچند می‌توان گفت که هر دو رویکرد متن‌گرایی و منشأگرایی در مواردی به یک پاسخ منجر می‌شوند، توجه به این نکته ضروری است که در رویکرد منشأگرایی، متن موضوعیت ندارد و صرفاً طریقی برای فهم معنا و منظور قانونگذار از وضع آن قانون قلمداد می‌شود؛ در حالی که متن‌گراها به معنای عمومی و متداول از عبارات قانون در زمان انتشار توجه داشته و اهمیت چندانی برای مشروح مذاکرات واضعان قانون اساسی و ملاحظات ایشان قائل نیستند، چراکه به‌زعم اینان، این متن قانون است که الزام دارد و قانون حاکمیت دارد و نه افراد و اعضای نهاد قانونگذار. به عبارت دیگر، قصد قانونگذار الزام‌آور نبوده و بلکه قانونی که قانونگذار وضع می‌کند، الزام‌آور است^(۴۶) (خلف‌رضایی و منصوریان، ۱۳۹۳: ۱۴). برای نمونه می‌توان به اظهار نظر شورای نگهبان در خصوص لایحه‌ی بازرگانی خارجی اشاره کرد (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۰: ۵۶۱-۵۶۳) که با وجود تصریح متن قانون اساسی به دولتی بودن، شورای نگهبان از اطلاق مزبور صرف نظر کرده و آن را مقید می‌سازد که بدین ترتیب می‌توان وجود رویکرد منشأگرایی را در رویه‌ی شورای نگهبان استنباط کرد؛ یعنی هرچند ظاهر اصل بازرگانی خارجی را به دولت واگذار کرده است، شورای نگهبان با استناد به مغایرت آن با شرع، از این ظهور دست کشیده و امری را مغایر با متن قانون برداشت کرده است که به هیچ وجه با متن‌گرایی صرف، همخوانی نداشته و تنها با رویکرد منشأگرایی توجیه‌پذیر است.

نمونه‌ی دیگر در راستای تبیین هرچه بهتر رویکرد منشأگرایی در نظریات شورا، نظریه‌ی تفسیری شورا ذیل اصل ۳۰ قانون اساسی است که تصریح می‌دارد «اصل ۳۰ قانون اساسی و بعضی اصول مشابه آن مسیر سیاست کلی نظام را تعیین می‌نماید و مقصود این است که دولت امکاناتی را که در اختیار دارد در کل رشته‌هایی که در قانون اساسی پیشنهاد شده به طور متعادل طبق قانون توزیع نماید. بنابراین آموزش رایگان در حد امکان کلاً یا بعضاً باید فراهم شود» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۱۰۲). همان‌طور که مشاهده می‌شود، شورای نگهبان با امعان نظر به «قصد» قانونگذار اصلی فراتر از متن را مطمح نظر قرار داده است؛ یعنی شورای

نگهبان به متن اکتفا نکرده و از همین روی نیز از اطلاق اصل دست کشیده است که این مسئله با رویکرد منشأگرایی کاملاً توجیه پذیر است.

نکته‌ی پایانی قابل تأمل نیز آنکه، به نظر می‌رسد شورای نگهبان در برخی از معهود نظریات تفسیری خود توجه به مسائل مستحدثه و مقتضیات زمان را ملحوظ داشته است؛ همان‌گونه که این مسئله در رویکردهای جدید منشأگرایی مورد توجه قرار گرفته و بر لزوم تأویل نظام‌مند قانون اساسی تأکید شده است. در این زمینه تنها به منظور اثبات اصل چنین گرایشی در تأویل قانون اساسی می‌توان به نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۵۵۷۸ مورخ ۱۳۶۵/۲/۱۶ ذیل اصل ۳۰ قانون اساسی اشاره کرد که تصریح می‌دارد: «با توجه به اینکه از این اصل دولتی بودن آموزش و پرورش و ممنوعیت تأسیس مدارس و دانشگاه‌های ملی استفاده نمی‌شود، چنانچه تأسیس مدارس و آموزشگاه‌های ملی در کشور آزاد اعلام شود اضطرار دولت به دریافت شهریه مرتفع می‌گردد و چنانچه با تأسیس مدارس ملی رفع اضطرار نشود، تفسیر قانون اساسی قابل بررسی خواهد بود» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۱۳۳). این مسئله به صراحت بر توجه مفسر قانون اساسی بر اقتضائات جامعه دلالت دارد و چنین گرایشی در پرتو اصول مذکور و ذیل رویکرد منشأگرایی قابل تحلیل است.

نتیجه‌گیری

رویکرد منشأگرایی مجموعه‌ای از نظریات تفسیر قانون اساسی را تشکیل می‌دهد که نقطه‌ی مشترک این نظریه‌ها بر دو اصل «ثبیت» و «محدودیت» استوار شده است؛ بدین معنا که اولاً معنای اصلی متن قانون اساسی در زمان تدوین و تصویب آن شکل گرفته است و ثانیاً تفسیر قانون اساسی باید در چارچوب حیطة معنای مذکور صورت پذیرد. رویکرد منشأگرایی، محدودیت‌هایی را در زمینه‌ی اختیارات قضات و مقام مفسر ایجاد کرده و در مقایسه با دیگر رویکردهای تفسیری، وفاداری بیشتری را نسبت به قانون اساسی تضمین کرده و از تغییر و تحول سریع قانون اساسی نیز جلوگیری می‌کند.

بسیاری از نظریه‌پردازان منشأگرا به منظور پیشرفت این نظریه و جلوگیری از طرد آن، به رویکردهای نوینی از منشأگرایی دست یازیده‌اند و از همین روی نیز علاوه بر پذیرش نقاط مشترک مزبور، بر پذیرش «معنای عرفی اصلی» و «تمایز بین تفسیر و تأویل قانون اساسی» به‌عنوان ارکان محوری این رویکرد نوین تأکید ورزیده‌اند. بدین سان از یک سو در ارتباط با یافتن معنای اصلی، فهم عرف زمان تصویب را معیار مورد قبول قرار داده‌اند و از سوی دیگر برای خروج از جمود و توجه به روح قانون اساسی در پرتو نظرهای واضعان قانون اساسی، به

تأویل قانون اساسی نیز توجه کرده‌اند که البته این مسئله با توجه به مشی و رویکردهای مختلف نظریه‌پردازان منشأگرا، از تعدد و تکثر معتنا بهی برخوردار است. اما به هر ترتیب این نظریات نیز به باید به قانون اساسی وفادار باشند و بر خلاف نظریات غیرمنشأگرا به اصول تثبیت و محدودیت، توجه کافی و وافی کنند.

شورای نگهبان نیز به‌عنوان مفسر رسمی قانون اساسی هرچند رویکرد خود را در این زمینه به‌صراحت بیان نکرده است، ضمن ارائه‌ی نظریات خود در تفسیر رسمی قانون اساسی یا در مقام نهاد دادرسی اساسی به مواردی اشاره کرده است که به‌منزله‌ی اصول و قواعد بنیادین تفسیر از سوی شورا تلقی می‌شوند. با مطالعه‌ی نظریات تفسیری شورای نگهبان درمی‌یابیم که امعان نظر به مشروح مذاکرات قانون اساسی و کشف مراد مقنن از یک طرف و توجه به حکومت شرع از طرف دیگر به‌مثابه‌ی چنین قواعدی هستند.

بدین ترتیب به‌نظر می‌رسد که مشی تفسیری شورا تا حدود بسیار زیادی در پرتو آموزه‌ی منشأگرایی توجیه‌پذیر است، چراکه در رویکرد منشأگرایی با توجه به سیاق و ساختار اصول قانون اساسی، معانی عرفی واژگان و الفاظ قانون اساسی در زمان تصویب آن لحاظ می‌شود و این مهم نیز در راستای کشف نظر قانونگذار اساسی مطمح نظر قرار می‌گیرد. شورای نگهبان نیز همانند رویکرد منشأگرایی عمل کرده و در ابتدا به متن قانون اساسی و ظاهر آن توجه می‌کند و از این روش و البته روش‌های دیگر مانند توجه به مشروح مذاکرات قانون اساسی و موازین شرعی، درصدد نیل به مراد مقنن در زمان تصویب قانون اساسی برمی‌آید.

البته از برخی نظرهای شورای نگهبان (مانند نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان در خصوص اصل ۳۰ قانون اساسی) توجه به اقتضائات و شرایط جامعه نیز برمی‌آید که این گرایش در چارچوب رویکرد منشأگرایی قابل تحلیل است. البته تعیین معیارهای مورد پذیرش شورای نگهبان در تأویل قانون اساسی مقتضی پژوهشی جداگانه است.

یادداشت‌ها

1. Robert Bork
 2. Bork, Robert. H (1971), Neutral Principles and Some First Amendment Problems , **Indiana Law Journal**, Vol. 47, Issue. 1, Article 1, p. 1-35.
 3. H. Rehnquist, William (1976), The Notion of a Living Constitution , **Tex. L. Rev.**, vol. 54, p. 693-708.
 4. Berger, Raoul (1977), *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Indianapolis: Liberty Fund, 2d edition.
 ۵. چنانکه در تعریف «برست» نیز هم به متن قانون اساسی و هم قصد واضعان اشاره شده است.
 6. Positive theories of Constitutional Interpretation
در مقابل، نظریه‌های هنجارگرایی تفسیر قانون اساسی وجود دارند که درصدد ارائه‌ی مطلوب‌ترین تفسیر قانون اساسی‌اند.
 7. Fixation Thesis
 8. Constraint Principle
 9. The original meaning of the Constitution framers
 10. The original public understanding
 11. Original intent or Original meaning
 12. Intentionalist
۱۳. دیگر منشأگرایان برجسته‌ی این گروه عبارت‌اند از:
Larry Alexander, Sai Prakash and Keith Whittington.
14. Text-oriented theories
 15. Strict Intentionalism
 16. Moderate Intentionalism
 17. A relatively high level of abstraction
 18. Purpose of the provision of the Constitution
 19. Neo-Originalism
- این اصطلاح در ادامه‌ی مقاله توضیح داده خواهد شد.
20. Command of Sovereign
 21. Constitutional Judicial Review
 22. Lesser Evil
 23. Original meaning
 24. Non-Originalists
- «غیرمنشأگرایی» در خصوص نظریاتی استفاده می‌شود که از این گزاره حمایت می‌کنند که محتوای قانونی آموزه‌های حقوق اساسی (دکترین حقوق اساسی) در طول زمان تغییر می‌کند و به عبارت دیگر یک یا هر دو ایده‌ی محوری منشأگراها (اصل تثبیت و محدودیت) را رد می‌کند. در این زمینه حداقل دو نوع غیرمنشأگرایی متمایز وجود دارد: الف) «غیرمنشأگرایی تفسیری» (Interpretive Nonoriginalism): دیدگاهی که مطابق با آن قانون اساسی در پرتو معنای آشکار فعلی آن تفسیر می‌شود. ب) «غیرمنشأگرایی تأویلی» (Constructive Nonoriginalism): دیدگاهی که مطابق با آن محتوای قانونی دکترین قانون اساسی متناسب با نیازها و برداشت‌های جدید تأویل می‌گردد (Solum, 2013: 456). البته شایان ذکر است که غیرمنشأگرایان به کلی منکر حجیت معنای متنی یا درک اولیه و قصد قانونگذاران از اصول قانون اساسی نیستند، بلکه علاوه بر این منابع عناصر دیگری را برای تفسیر قانون اساسی ضروری می‌دانند، از جمله توافقات فرهنگی و عرف‌های اجتماعی قدمت‌دار، ارزش‌های کنونی جامعه و درک قاضی از عدالت یا کارایی و... (مزارعی، ۱۳۹۰: ۱۵۴).

25. original meaning of the Constitution

26. Living Constitution

۲۷. توضیح آنکه نسل بنیانگذار قانون اساسی آمریکا شامل همه‌ی افراد نبوده و تنها «مردان سفیدپوست» حق رأی داشته‌اند.

28. Evan Nadel

29. Keith Whittington

30. Randy Barnett

31. Original Public Meaning

۳۲. از جمله منشأگراهای برجسته‌ی این گروه عبارت‌اند از:

Randy Barnett, Gary Lawson, Michael Paulsen and Larry Solum.

33. Construction

34. The Moral Readings Theory

35. Common law method of construction

۳۶. مطابق با ماده‌ی ۱۸ آیین‌نامه‌ی داخلی شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۹ ارائه‌ی تفسیر رسمی از سوی این نهاد صرفاً به واسطه‌ی استفسار مقام معظم رهبری، رؤسای سه قوه و یا یکی از اعضای شورای نگهبان امکان‌پذیر است و حد نصاب تصویب تفسیر مزبور نیز طبق اصل ۹۸ قانون اساسی سه‌چهارم آرای کل اعضاست.

۳۷. نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان به شماره‌ی ۷۶/۲۱/۵۸۳ تاریخ ۱۳۷۶/۳/۱۰.

۳۸. اصل ۸۶: نمایندگان مجلس در مقام ایفای وظایف نمایندگی در اظهار نظر و رأی خود کاملاً آزادند ...

۳۹. نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۸۰/۲۱/۳۰۳۶ تاریخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۰.

۴۰. اصل ۶۹ قانون اساسی: مذاکرات مجلس شورای اسلامی باید علنی باشد و گزارش کامل آن از طریق رادیو و روزنامه رسمی برای اطلاع عموم منتشر شود ...

۴۱. نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی م/۵۴ مورخ ۵۹/۱۱/۸.

۴۲. اصل ۱۴۵ قانون اساسی: هیچ فرد خارجی به عضویت در ارتش و نیروهای انتظامی کشور پذیرفته نمی‌شود.

۴۳. نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۱۳۸۴ تاریخ ۱۳۵۹/۱۲/۱۴.

۴۴. برای توضیحات بیشتر ر.ک: خلف‌رضایی و منصوریان، ۱۳۹۳: ۴-۱۶.

۴۵. این مسئله بر همگرایی شدید حاکمیت شرع و اراده‌ی قانونگذار اساسی دلالت دارد که شواهد و قرائن بسیاری در مشروح مذاکرات قانون اساسی، این مسئله را تأیید می‌کند؛ تأکید بر اینکه موازین اسلامی در قانون اساسی تنها هنجار برتر است، نسبت قوانین و مقررات مصوب با موازین اسلامی از حیث رعایت کامل آنها یا مطابقت و عدم مخالفت، زیربنا بودن اسلام در طراحی نظام اقتصادی و... (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۱: ۳۱۴-۳۲۰ و ج ۳: ۱۵۴۵-۱۵۴۷) از جمله‌ی این مواردند.

۴۶. البته ممکن است ادعا شود که متن‌گرایی ذیل منشأگرایی قرار دارد و نه در عرض آن؛ اما این ادعا در صورتی می‌تواند صحیح باشد که بر این باور باشیم مُراد از متن‌گرایی، کشف مراد مقنن است، یعنی از آنجا که قانون مظهر اراده‌ی قانونگذار است، قواعد دستور زبان و منطق ادبی نیز صرفاً طریقی برای کشف اراده‌ی واقعی قانونگذار به‌کار گرفته شوند. البته چنین رویکردی چیزی غیر از منشأگرایی نیست و تعبیر بهتر با توجه به توضیحاتی که ارائه شده همان منشأگرایی است؛ چراکه در منشأگرایی نیز درصدد کشف اراده‌ی قانونگذار اصلی هستیم و اولین طریق برای نیل به این مهم، ظاهر الفاظ و واژگان است و این بر خلاف رویکردی است که در آن متن موضوعیت دارد.



منابع و مأخذ

الف) فارسی و عربی

- اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ج ۱ و ۲.
- خلف‌رضایی، حسین؛ منصوریان، مصطفی (۱۳۹۳)، مکاتب و رویکردهای تفسیر قانون اساسی، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۳۰۰۲۴.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۶)، مشروح مذاکرات شورای نگهبان، دوره‌ی اول، سال ۱۳۵۹، تهران: دادگستر، چاپ اول.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۹)، مجموعه نظرات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان «در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفساریه‌ها و تذکرات» ۱۳۵۹-۱۳۸۸، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چاپ دوم.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۹۰)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی (دوره‌ی اول) خرداد ۱۳۵۹ تا خرداد ۱۳۶۳، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، چاپ اول.
- مزارعی، غلام‌حسن (۱۳۹۰)، تحلیل و مطالعه‌ی آرای تفسیری شورای نگهبان در پرتو نظریه‌ها و اصول تفسیر قانون اساسی، رساله‌ی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی.

ب) لاتین

- Berger, Raoul (1977), **Government by Judiciary: The transformation of the 14th amendment**, Indianapolis: Liberty Fund, second edition.
- Bork, Robert H. (1971), Neutral Principles and Some First Amendment Problems, **Indiana Law Journal**, Vol. 47, Iss. 1, Article 1, p. 1-35.
- Bork, Robert H. (1991), **The Tempting of America: The political seduction of the law**, Touchstone Rockefeller center, USA: New York.
- Boyce, Bret (1998), Originalism and the Fourteenth amendment, **Wake Forest Law Review**, Vol. 33, p. 909-1034.
- Brest, Paul (1980), The Misconceived Quest for the Original Understanding, **Boston University Law Review**, vol. 60, p. 204-238.
- Colby, Thomas B. and Smith, Peter J. (2009), Living Originalism, **Duke Law Journal**, vol. 59, p. 239-307.

- Kay, Richard S. (1988), Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objectives and Responses , **Northwestern University Law Review**, vol. 82, p. 226- 247.
- Kay, Richard S. (2009), Original Intention and Public meaning in Constitutional Interpretation , **Northwestern University Law Review**, vol. 103, no. 2, p. 703-726.
- Lessig, Lawrence (1997), Fidelity and Constraint **Fordham Law Review**, vol. 65, issue. 4, article 8, p. 1365- 1433.
- Maltz, Earl M. (1994), **Rethinking Constitutional Law**. Originalism, Interventionism, and the Politics of Judicial Review, USA: University Press of Kansas.
- McConnell, Michael W. (1997), The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin's Moral Reading of the Constitution , **Fordham Law Review**, vol. 65, issue 4, article 3, p. 1501-1524.
- McGinnis, John O. and Rappaport, Michael B. (2007), A Pragmatic Defense of Originalism , **Northwestern University Law Review**, Vol. p. 101, 1-14.
- McGinnis, John O. and Rappaport, Michael B. (2009), Original methods originalism: A new theory of Interpretation and the case against Construction , **Northwestern University Law Review**, Vol. 103, No. 2, p. 751-802.
- Perry, Michael J. (1996), **the constitution in the courts: Law or Politics?**, New York: Oxford University Press.
- Rehnquist, William H. (1976), The Notion of a Living Constitution , **Tex. L. Rev**, vol. 54, p. 693-708.
- Scalia, Antonin (1989), Originalism: The Lesser Evil , **University of Cincinnati Law Review**, vol. 57, p. 849-865.
- Solum, Lawrence B. (2013), Originalism and Constitutional Construction , **Fordham Law Review**, Volume 82, Issue 2, Article 5, p. 453-537.
- Solum, Lawrence B. (2013), **“Legal Theory Lexicon 071: The New Originalism”**, Georgetown University Law Center, p. 1-4.
- Solum, Lawrence B. (2011), **“What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory”**, Georgetown University Law Center, p. 1-41.
- Solum, Lawrence B. (2008), **Semantic Originalism**, Illinois Public Law and Legal Theory, Research Papers Series No. 07-24.